



Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro



Vol. nº 176-177, ago. 2018/jul. 2019

RDM 176/177

Doutrina e Atualidades:

- 1 - "A Cláusula de Inalienabilidade e a Sociedade Anônima" (autor: Giancarlo Bonizzio)
- 2 - "Contribuição à Dogmática do Grupo de Sociedades" (autor: Thomas Ribeiro Bergmann)
- 3 - "Os instrumentos jurídicos (in)adequados à viabilização do third-party funding no Brasil" (autores: Lorenzo Galan Miranda e Henrique Steffen Wagner)
- 4 - "O Conflito de Interesses em Assembleias Gerais de S.As como Ilustração da Necessidade de Expedição de Súmulas Administrativas pela CVM" (autor: Ricardo Freitas)
- 5 - "O sistema de enforcement e o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro" (autor: Fabio Percegoni de Andrade)
- 6 - "Governança Corporativa e a In(credibilidade) do Estado Empreendedor" (autor: Bruno Nagem)
- 7 - "A responsabilidade pré-contratual e sua extensão: a propósito de recente decisão do Superior Tribunal De Justiça sobre contrato de franquia" (autor: Luis Renato Ferreira da Silva)
- 8 - "O quão preliminar é a opção de compra de participações societárias?" (autor: Pedro Henrique Carvalho da Costa)
- 9 - "O stay period e a nova sistemática na Lei de Recuperação de Empresas e Falência" (autor: Gerson Branco e Matheus Martins Costa Mombach)
- 10 - "Livre concorrência e tratamento favorecido: Como medidas antitruste podem assegurar a autonomia da inovação nas pequenas empresas" (autor: Matheus Guilherme dos Santos Moraes)

ISBN 978-65-6006-002-9



9 786560 060029 >

IDGLOBAL
Instituto de Direito Global

 **rdm**
revista de direito mercantil

 **EXPERT**
EDITORA DIGITAL

Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro

**REVISTA DE
DIREITO
MERCANTIL
industrial, econômico
e financeiro**

176/177

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano LVII (Nova Série)
agosto 2018/julho 2019

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
Industrial, econômico e financeiro
Nova Série – Ano LVII – ns. 176/177 – ago. 2018/jul. 2019
FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROFS. PHILOMENO J. DA COSTA e FÁBIO KONDER COMPARATO

CONSELHO EDITORIAL

ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, ANA DE OLIVEIRA FRAZÃO, CARLOS KLEIN ZANINI,
GUSTAVO JOSÉ MENDES TEPEDINO, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU,
JOSÉ AUGUSTO ENGRÁCIA ANTUNES, JUDITH MARTINS-
COSTA, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS,
PAULO DE TARSO DOMINGUES, RICARDO OLIVEIRA GARCÍA,
RUI PEREIRA DIAS, SÉRGIO CAMPINHO.

COMITÊ DE REDAÇÃO

CALIXTO SALOMÃO FILHO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS
LEÃES, MAURO RODRIGUES PENTEADO,
NEWTON DE LUCCA, PAULA ANDRÉA FORGIONI, RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTÍN,
EDUARDO SECCHI MUNHOZ, ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA,
FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR, HAROLDO MALHEIROS DUCLERC
VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MARCOS PAULO DE ALMEIDA
SALLES, PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, PAULO FRONTINI,
PRISCILA MARIA PEREIRA CORRÊA DA FONSECA, JULIANA KRUEGER PELA,
JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA, BALMES VEGA
GARCIA, RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES,
CARLOS PAGANO BOTANA PORTUGAL GOUVÊA, ROBERTO
AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER,
SHEILA CHRISTINA NEDER CEREZETTI, VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO,
MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, MARCELO VIEIRA VON ADAMEK.

COORDENADORES ASSISTENTES DE EDIÇÃO

MICHELLE BARUHM DIEGUES E MATHEUS CHEBLI DE ABREU.

ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE

BEATRIZ LEAL DE ARAÚJO BARBOSA DA SILVA,
CAMILA BOVOLATO RODRIGUES, CAROLINA CAPANI,
GIULIA FERRIGNO POLI IDE ALVES, ISABELLA PETROF MIGUEL,
MATEUS RODRIGUES BATISTA, MATHEUS CHEBLI DE ABREU,
PEDRO FUGITA DE OLIVEIRA, VICTORIA ROCHA PEREIRA,
VIRGILIO MAFFINI GOMES, RODOLFO PAVANELLI MENEZES.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

Publicação trimestral da
Editora Expert LTDA
Rua Carlos Pinto Coelho,
CEP 30664790
Minas Gerais, BH – Brasil
Diretores: Luciana de Castro Bastos
Daniel Carvalho

Direção editorial:

Luciana de Castro Bastos

Diagramação e Capa:

Daniel Carvalho e Igor Carvalho

Revisão:

Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

AUTORES: Giancarlo Bonizzio, Thomas Ribeiro Bergmann, Lorenzo Galan Miranda, Henrique Steffen Wagner, Ricardo Freitas, Fabio Percegoni de Andrade, Bruno Nagem, Luis Renato Ferreira da Silva, Pedro Henrique Carvalho da Costa, Gerson Branco, Matheus Martins Costa Mombach, Matheus Guilherme dos Santos Morais

ISBN: 978-65-6006-002-9

Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte,

A Revista de Direito Mercantil agradece ao Instituto de Direito Global pelo fomento à publicação deste volume.

Pedidos dessa obra:

**experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br**



COLABORADORES

GIANCARLO BONIZZIO

Bacharel e mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor José Marcelo Martins Proença, no Departamento de Direito Comercial. Advogado no escritório Barbosa Müssnich Aragão em São Paulo.

THOMAS RIBEIRO BERGMANN

Possui graduação em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS (FMP). Pós-graduação lato sensu em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestrado em Direito junto ao programa de pós-graduação stricto sensu da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pesquisador focado em filosofia jurídica, política e moral.

LORENZO GALAN MIRANDA

Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Editor do Arbipedia. Estagiário em Justen, Pereira, Oliveira & Talamini Advogados.

HENRIQUE STEFFEN WAGNER

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogado em Souto, Correa, Cesa, Lummertz & Amaral Advogados.

RICARDO FREITAS

Possui graduação em direito pela Universidade de São Paulo (1988), e Doutorado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2004). É advogado, fundador do escritório de advocacia Freitas Leite e autor de obras em matérias relacionadas a Mercado de Capitais, em especial, fundos de investimento. Autor do livro “A Natureza Jurídica dos Fundos de Investimento”. Foi Presidente

Executivo e do Conselho de Administração da Semp Toshiba e da Semp TCL. Atualmente é sócio e diretor da Hedge Investments e membro de conselho de administração da Semp TCL e da BrasilAgro S.A..

FABIO PERCEGONI DE ANDRADE

Advogado no escritório Tepedino, Berezowski e Poppa Advogados. Graduado em Direito em 2018 na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com seis meses cursados na Faculdade de Direito da Universidade do Porto em Portugal. Pós-graduado em Direito Societário pela Fundação Getúlio Vargas. Mestrando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

BRUNO NAGEM

Doutorando em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Mestre em Direito nas Relações Econômicas e Sociais. Pós-graduado em Direito Processual Constitucional e em Mercado de Capitais e Derivativos, advogado na Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras, Ex-professor de Direito Civil II (Responsabilidade Extracontratual e Teoria Geral dos Contratos), Estágio Supervisionado I (Advocacia Cível) e Estágio Supervisionado IV (Ações Constitucionais) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Atuação voltada para a advocacia consultiva e contenciosa, com ênfase em Direito Empresarial e Civil. Ex-presidente da Comissão de Advocacia Estatal da OAB/MG (2016-2018). Membro efetivo do Conselho Fiscal da Federação Mineira de Judô (2021- 2025).

LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA

Possui doutorado em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (2001). Mestrado em Direito Civil pela UFRGS (1993). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Comercial, atuando principalmente nos seguintes temas: contratos civis e comerciais; direito societário; responsabilidade civil. Professor do Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da UFRGS

e Professor Colaborador do Programa de Pós Graduação em Direito da mesma Universidade.

PEDRO HENRIQUE CARVALHO DA COSTA

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Empresarial pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Direito Civil-Constitucional "Virada de Copérnico" da Universidade Federal do Paraná. Advogado em Curitiba, Paraná.

GERSON BRANCO

Professor Associado de Direito Empresarial da UFRGS. Advogado em Porto Alegre.

MATHEUS MARTINS COSTA MOMBACH

Mestre em Direito Empresarial pela UFRGS. Advogado em Porto Alegre.

MATHEUS GUILHERME DOS SANTOS MORAIS

Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais. Aluno Destaque do Curso de Direito na Universidade do Estado de Minas Gerais Direito. Advogado. Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Processual Penal pela Faculdade IBMEC e Instituto Damásio de Direito. Coordenador da Comissão de Direitos da Infância e Juventude da OAB - 7ª Subseção Paulista. Membro Titular do Conselho Municipal da Juventude da Secretaria de Assistência Social e Desenvolvimento Humano de Barretos - SP. Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Acidentário pela Faculdade Legale Educacional. Membro Efetivo Regional da Comissão de Defesa do Consumidor do Conselho Seccional da OAB/SP.

SUMÁRIO

A Cláusula de Inalienabilidade e a Sociedade Anônima	15
--	----

Giancarlo Bonizzio

Contribuição à Dogmática do Grupo de Sociedades.....	57
--	----

Thomas Ribeiro Bergmann

Os Instrumentos Jurídicos (In)Adequados à Viabilização do <i>Third-Party Funding</i> no Brasil.....	87
---	----

Lorenzo Galan Miranda, Henrique Steffen Wagner

O Conflito de Interesses em Assembleias Gerais de Sociedades Anônimas como Ilustração da Necessidade de Expedição de Súmulas Administrativas pela Comissão de Valores Mobiliários	127
---	-----

Ricardo de Santos Freitas

O Sistema de <i>Enforcement</i> e o Desenvolvimento do Mercado de Capitais Brasileiro	147
---	-----

Fabio Percegoni de Andrade

Governança Corporativa e a (In)Credibilidade Do Estado Empreendedor	167
---	-----

Bruno Nagem

A Responsabilidade Pré-Contratual e sua Extensão: A Propósito de Recente Decisão do Superior Tribunal de Justiça Sobre Contrato de Franquia	195
---	-----

Luis Renato Ferreira da Silva

O Quão Preliminar é a Opção de Compra de Participações Societárias?	211
---	-----

Pedro Henrique Carvalho da Costa

O <i>Stay Period</i> e a Nova Sistemática na Lei de Recuperação de Empresas e Falência	229
--	-----

Gerson Branco, Matheus Martins Costa Mombach

Livre Concorrência e Tratamento Favorecido: Como Medidas Antitrustes Podem Assegurar a Autonomia da Inovação nas Pequenas Empresas	263
--	-----

Matheus Guilherme dos Santos Morais

A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL E SUA EXTENSÃO: A PROPÓSITO DE RECENTE DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE CONTRATO DE FRANQUIA

Luis Renato Ferreira da Silva

RESUMO: O presente artigo analisa acórdão do STJ que considerou deveres de informação prestados na fase pré-contratual como suficientes para gerar inadimplemento que leve à resolução contratual. Considera-se, primeiramente, a extensão dos deveres pré-contratuais, especialmente no caso da franquia que tem rol legal de informações devidas. A seguir examina-se a consequência que o descumprimento destes deveres pré-contratuais pode ter no contrato e se pode acarretar a resolução (ou, considerando-se a natureza da franquia, a resilição) ou se seria mais adequada a solução indenizatória, à luz da sistemática dos deveres nascidos da boa-fé conforme o momento da sua incidência.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade pré-contratual – deveres anexos – dever de informação – contrato de franquia – boa-fé contratual – resolução contratual - inadimplemento

ABSTRACT: This article analyzes an award from the STJ (Superior Court of Justice) that considered information duties provided in the pre-contractual phase as sufficient to generate default that leads to contractual termination. First, the extension of pre-contractual duties is considered, especially in the case of franchises that have a legal role of due information. Next, the consequence of the breach of these pre-contractual duties may have on the contract is examined and whether it may lead to termination or whether the indemnity solution would be more appropriate, in light of the systematic of duties arising from good faith according to the moment of its incidence.

KEY-WORDS: culpa in contrahendo– fiduciaries duties – duty of disclosure – franchise contract – good faith in contract law – termination – breach of contract

I. INTRODUÇÃO – O CASO JULGADO³⁸⁰

1. Em recente decisão da 3ª Turma, o STJ teve a oportunidade de discutir interessante caso envolvendo a temática da responsabilidade pré-contratual.³⁸¹ Tratava-se de contrato de franquia no qual, em que pese a existência da circular de oferta de franquia (COF) prevista no artigo 3º da lei 8.955/14, que regia à época o referido contrato³⁸², houve alegação de que o franqueador falhara no dever de informação na fase pré-contratual, levando a uma contratação frustrada no seu fim e, com isso, importando em responsabilidade do franqueador por falha durante sua atuação na fase das tratativas.

2. No caso concreto (“caso da informação pré-contratual insuficiente”), a franqueadora teria preenchido a COF de maneira correta, porém teria omitido informações sobre o fato de já ter havido, na mesma sede, outra franqueada que tivera que fechar por não ser lucrativa. Igualmente, dera-se a criação de expectativa de retorno do empreendimento em tempo menor do que o real.

3. Vários pontos representam peculiaridades no caso e, fundamentalmente, o acórdão parece retirar consequência da violação

380 Agradeço à leitura atenta e crítica de Judith Martins-Costa e Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke.

381 Recurso Especial 1.862.508-SP, julgado em 24 de novembro de 2020. Uma explicação de nomenclatura. Embora o uso da expressão responsabilidade pré-contratual possa ser limitador de outras figuras negociais que também podem ensejar a sua ocorrência e daí valer-se da expressão responsabilidade pré-negocial, uso a expressão pré-contratual por dois motivos: (i) o acórdão a utiliza e (ii), no caso, trata-se mesmo de responsabilidade pré-contratual de um contrato de franquia.

382 O contrato fora firmado sob a égide da Lei 8.955/94 que foi revogada pela lei 13.966/19. No que tange à Circular de Oferta de Franquia, a mesma se mantém (artigo 2º da nova lei). Com relação à consequência do incumprimento da COF, a nova lei dispõe de forma diversa prevendo tanto a anulabilidade quanto a nulidade do contrato, conforme o vício (§2º do artigo 2º), enquanto a antiga lei previa apenas a anulabilidade.

dos deveres na fase pré-contratual que normalmente difere da que a doutrina vem afirmando. Mais ainda, o caso foi julgado por maioria que reverteu a decisão do Tribunal de origem, mostrando o quão controverso é o tema.

4. Na espécie, em que pese tenha sido preenchida circular de oferta de franquias, a maioria entendeu (na esteira da afirmação da perícia feita durante a instrução) que as informações prestadas não tiveram a “*qualidade e amplitude*” que “*pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos*”. Diante deste fato, o voto condutor acabou por entender que a violação ao dever de boa-fé na fase das tratativas importava em responsabilidade pré-contratual da franqueadora. Como foi reconhecido que as informações foram prestadas de “*forma clara e legal*” entendeu-se que não se tratava de anulação do contrato (como previa o artigo 4º, parágrafo único, da lei revogada), e sim de inadimplemento do contrato. Em decorrência do inadimplemento, a conclusão foi a de que havia causa para a resolução contratual.

5. Já o voto vencido sustentou que não havia a violação alegada e, se houvesse, o pedido deveria ser de anulação, sanção expressamente cominada para o caso. Não tendo sido feito tal pedido, acabou por julgar a incompatibilidade entre a causa de pedir e o pedido, com isso mantendo a decisão de segundo grau (que adotara o mesmo fundamento).

6. Alguns pontos preliminares devem ser fixados desde logo, de modo a por foco na questão da responsabilidade pré-contratual e sua extensão. Primeiro está o fato de se tratar de um contrato tipicamente empresarial, no qual, ao lado do dever de informar do franqueador, há o dever de se informar do franqueado (o que o acórdão reconhece), com isto atendendo-se à presunção de paridade, que, como dito no parágrafo abaixo, é construída justamente na fase pré-contratual.

7. Não se pode deixar de considerar que as implicações do dever de informar, no contrato de franquias, decorrem de norma legal detalhadíssima (e, portanto, prescindindo da fonte da boa-fé). A lista do conteúdo da COF, bem como sua imperiosidade, é típico exemplo

de correção prévia de assimetria informacional que, bem cumprida, dá higidez ao contrato, livrando-o de defeitos invalidantes posteriores.

8.Outro ponto a ser ressaltado: a lei prevê, ao lado da extensa lista informativa devida, a consequência jurídica para a sua não obediência. No regime da revogada lei tratava-se da anulação e, na lei vigente (em mais um ponto em que ela parece mais ter surgido para confundir do que aprimorar o sistema de franquia), a anulação ou a nulidade (sem maiores detalhes sobre quais os itens que gerariam qual dos defeitos invalidantes)³⁸³.

9.Ultrapassadas tais premissas, a presente análise será desenvolvida em duas partes que serão a seguir examinadas: (i) a extensão da responsabilidade pré-contratual e (ii) as consequências da sua ocorrência no contrato formado.

II. A EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

10.A lei que regia o contrato de franquia na época dos fatos julgados pelo acórdão (ponto que foi essencialmente conservado pela reforma) tinha uma peculiaridade não facilmente encontrada em outras regulamentações contratuais. Embora sua ementa referisse que ela tratava do contrato de franquia e outras providências, a rigor, a legislação (em 11 artigos, incluindo a regra de enunciação do objeto da lei, de abrangência – geográfica e subjetiva-, de vigência e de revogação³⁸⁴, restando 8 artigos de fundo) limitava-se a definir a franquia (artigo 2º) e estabelecer a sua forma (artigo 6º).

383 A nova lei de franquia merece, a meu juízo, severas críticas em vários pontos e que ensejaria um artigo específico. Quanto ao efeito da violação do conteúdo da COF, a crítica que deve ser feita é que as regras de nulidade ou anulabilidade seguem critérios próprios de estatuição, devendo haver cominação própria sob pena de não se saber qual violação gera qual sanção. A rigor, a leitura do § 2º do artigo 2º da nova lei parece afirmar que é a não entrega da COF que acarreta o defeito (ou os defeitos) e não o falso conteúdo dela.

384 O artigo 1º mencionava que o objeto da lei era o contrato de franquia; o artigo 8º previa que a mesma se aplicava a franquias operando no território nacional e o 9º que se destinava tanto ao franqueado(r) como ao sub-franqueado(r); o artigo 10, dava a data de vigência e o artigo 11 revogava disposições em contrário.

11.O núcleo da lei dedicava-se a esclarecer o conteúdo da COF e as consequências da sua não observância e, para o que interessa no presente caso, essa matéria é claramente de dever informacional pré-contratual, tanto que o vício que maculará o contrato de franquia, sem COF ou com dados irreais na COF, é a anulabilidade (na nova lei, pode ser tanto a anulabilidade quanto a nulidade).

12.Se é matéria pré-contratual, claramente a lei não tipificou o contrato de franquia, limitando-se a estabelecer os parâmetros informacionais cabíveis³⁸⁵. E ainda que se aceite um conceito mais amplo de tipificação para os contratos, trata-se de uma tipificação mais ligeira, ou feita a partir de índices do tipo³⁸⁶.

13.Com isto, os deveres ali postos, de fonte legal, de natureza pré-contratual e conteúdo informativo, deveriam ser os únicos que, descumpridos ou mal cumpridos, gerassem a consequência drástica da anulabilidade (agora, repita-se, agravada pela cominação da nulidade).

14.Se presentes os dados e entregue a COF, como diz o acordo, de forma *clara e legal*, mas não necessariamente com a *qualidade e amplitude* devidas, é de se indagar se tais carências configuram outra modalidade de dever pré-contratual não adequadamente atendido, ou seja, qual a extensão da respectiva responsabilidade.

15.O pioneiro trabalho de Rudolph von Jhering sobre a *culpa in contrahendo*, que comemora 160 anos desde sua publicação³⁸⁷, versava casos de inimputabilidade pelo vício que macularia um contrato posteriormente anulado. O contrato que se formasse por erro ou dolo acabaria anulado (e para isto tem-se regra expressa). O dilema está nos casos em que não há imputabilidade porque o erro seria culposos.

385 Asseverando a natureza atípica da franquia Fabio Ulhoa Coelho, “Manual de Direito Comercial”, 24^a. ed., Saraiva, SP, 2012, p. 496. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, “Contratos Comerciais em Espécie”, RT, SP, 2014, p. 148, não chega a discutir a atipicidade, mas afirma que o legislador “...regulou a franquia de forma incompleta”.

386 Para uma crítica ao método tipológico rígido, ver Carlos Nelson Konder, “Técnica legislativa contratual e o embate entre *essentialia* e método tipológico” in Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 26/2021, pp. 61-84.

387 “Culpa in contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição” (Trad. Paulo Mota Pinto). Almedina, Coimbra, 2008.

O regime do erro ou é inimputável (ambas as partes nele recaem) ou é doloso (configurando defeito autônomo). A regra do artigo 138 do Código Civil, ao exigir a cognoscibilidade do erro, demonstra essa faceta de diligência³⁸⁸. Portanto, não é disto que trata o dever de informar na fase pré-contratual, pois seria, no máximo, caso de erro não substancial ou de dolo accidental.

16.O que se discute é se a existência de um dever de informar se projeta na fase contratual, sem a relevância do erro, sem a malícia do dolo, mas maculando as expectativas legítimas do contratante lesado.

17.Originalmente a doutrina da *culpa in contrahendo* não contemplava todas as hipóteses que se desenvolveram a partir dela. Entretanto, o desenvolvimento foi exponencial e desde as hipóteses de responsabilidade pela constituição de contratos inválidos, passando pela responsabilidade pelos danos causados à pessoa ou aos bens dos contratantes, reconhecem-se duas outras possibilidades de responsabilização. Isso acontece nos casos de ruptura das negociações e de danos causados por fatos ocorridos na fase das negociações de um contrato válido e eficaz³⁸⁹.

18.Essas hipóteses refletem a violação de deveres que surgem na fase pré-contratual, sempre de difícil identificação tanto quanto à fonte (contratual, extracontratual ou um *tertio genus*), quanto às modalidades.

19.Procedendo a uma tentativa de classificação das modalidades, Judith Martins-Costa os divide em dois grandes grupos: os deveres de

388 Ainda que o redator da Parte Geral, Ministro Moreira Alves, tenha afirmado que não era intenção da comissão exigir a cognoscibilidade, mas limitar-se à escusabilidade. Entretanto, as idas e vindas de redação do projeto legaram texto diverso. Como afirma o Ministro: “*pelo texto do art. 136 do Projeto de 1975 [atual art. 138 do Código], como resultou dessa cadeia de lapsos, não se exige que a escusabilidade do erro substancial possa ser reconhecida pela parte que a declaração de vontade se dirige, mas se retornou ao critério da cognoscibilidade do erro por esta*”, nota de rodapé 22, pág. 111 “A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro”, Saraiva, SP, 1986.

389 Esse rol tem sido aceito pela doutrina como se vê em Regis Pereira Fichtner (“A responsabilidade civil pré-contratual”, Renovar, RJ, 2001, p. 442); Judith Martins-Costa (“A Boa-fé no Direito Privado”, Marcial Pons, SP, 2015, p. 418); Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes (“Fundamentos do Direito Civil, vol. 4 – Responsabilidade Civil”, Forense, RJ, 2020, p. 18).

proibidade em sentido amplo e os deveres informativos³⁹⁰. Neste ponto, que é o pertinente à análise do acórdão, esclarece que tais deveres variam subjetiva e objetivamente. A variação subjetiva prende-se à paridade das partes, seja por circunstâncias pessoais do credor, seja por competência técnica do devedor da informação. Inegável que tal assimetria ocorre no caso da franquia, tanto que, como dito acima, os dispositivos legais tentam, justamente, suprir o déficit informacional do credor dado o conhecimento técnico e próprio do devedor da informação.

20. Já a variação objetiva, sempre na ótica da autora, decorre do tipo de relação contratual, da relação possível entre a informação e o fim contratual e, o que é mais importante para o caso, *“da existência, ou não, da minudência em lei ou regulamento normativo do dever de informar, se especificando, por exemplo, quais são os pontos que abrange...”*³⁹¹.

21. Em que pese a maior parte dos acórdãos versarem sobre a ruptura das tratativas, a decisão que enseja a presente reflexão enquadra-se na hipótese das que veem um dever informativo surgido na fase pré-contratual e que cria, com base na confiança depositada de uma parte contratante na outra, a expectativa legítima da informação. Reconhece-se que a confiança criada na fase das tratativas influencia o conteúdo, ou seja, não se trata de responsabilidade pelo rompimento das tratativas.

22. A confiança, aliás, aparece nas duas hipóteses, tanto na ruptura quanto na contratação com conteúdo em menoscabo das expectativas ou frustrante do fim contratual. Neste sentido, o STJ já afirmara que o fundamento, até mesmo em caso de rompimento das negociações, deve-se mais à confiança criada do que propriamente à ruptura das tratativas³⁹².

390 “Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro” in RT 867/2008, pp. 11-51)

391 Idem, pág. 24.

392 É o afirmado no REsp. 1.051.065-AM, onde se lê, na ementa: *“A responsabilidade pré-contratual não decorre do fato de a tratativa ter sido rompida e o contrato não ter sido concluído, mas do fato de uma das partes ter gerado à outra, além da expectativa legítima de que o contrato seria concluído, efetivo prejuízo material”*.

23.Comparando a consequência da ruptura das tratativas com a confiança criada, o mesmo STJ já teve oportunidade de radicar ambas nessa confiança como posto no REsp. 1.300.972-SP: *“A responsabilidade pela quebra da confiança possui a mesma ratio da responsabilidade pré-contratual, cuja aplicação já fora reconhecida pelo STJ (REsp. 1051065/AM, REsp. 1367955/SP). O ponto que as aproxima é o fato de uma das partes gerar na outra uma expectativa legítima de determinado comportamento, que, após, não se concretiza”*.

24.A maioria entendeu, no “caso da informação pré-contratual insuficiente”, que a imprecisão informativa gerou uma expectativa que se frustrou. O franqueado estava legitimado a esperar desempenho maior da franquia contratada na falta de informação mais precisa, ou, nos termos do acórdão, de maior *“qualidade e amplitude”*.

25.O que ficou plasmado, ao fim, é que a baixa qualidade da informação (ainda que formalmente prestada de modo claro e legal) que gera uma expectativa legítima pode, quando tal expectativa se frustra, ter consequências no âmbito contratual. Os deveres que surgem na fase pré-contratual protraíam seus efeitos para o momento da execução do contrato e poderiam justificar o adimplemento satisfatório da obrigação.

26.Essa primeira parte é relevante porque, como dito acima, não são muito frequentes os casos em que essa modalidade de dano pré-contratual gera consequências, até porque frequentemente os contratos possuem cláusula de entendimento integral, superando as tratativas pela declaração negocial. Nada obstante, esse ponto, como visto, tem sido admitido pela doutrina.

III. AS CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO DE DEVER SURGIDO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL E A EXECUÇÃO CONTRATUAL

27.A segunda parte a ser analisada é a que tem um potencial de indagação mais aguçado. Dentro da tradicional doutrina, para o caso de responsabilidade pré-contratual no qual as tratativas são rompidas, a indenização dá-se pelo interesse negativo. O mesmo ocorre se o

contrato for anulado por *culpa in contrahendo*. Aventando-se danos à pessoa ou aos bens na fase pré-contratual, também se cogita da indenização das partes.

28.O contrato concluído validamente, mas que por força da violação do dever de informar na fase pré-contratual acabar com um conteúdo diverso do que se poderia esperar, normalmente enseja uma pretensão de readequar o conteúdo contratual à expectativa devida. Paulo Mota Pinto, examinando o ponto da responsabilidade criada pela confiança, afirma que *“o ressarcimento implica a recondução do lesado a uma situação diversa, quer do status quo ante, quer do status ad quem originariamente previsto – a uma situação, portanto, correspondente a um outro status ad quem, correspondente a um contrato de conteúdo diverso que teria sido celebrado”*³⁹³.

29.Essa situação chama mais a atenção no caso concreto visto que, em se tratando de contrato de franquia, o caráter defeituoso da informação geraria a invalidade e isto foi expressamente afastado (tanto que o contrato vigorou por 18 meses, como se retira do acórdão). Se não era inválido, mas tinha deixado *a latere* alguma expectativa legítima, o caminho pareceria a adequação contratual.

30.A análise do voto condutor, que acabou reconhecendo o direito de resolução para o franqueado por inadimplemento de dever pré-contratual, cria uma situação diversa visto colocar como dever de prestação, durante o contrato, dever de conduta da fase pré-contratual. Os deveres de conduta, a menos que se tornem deveres principais do contrato, geram indenização pelo seu descumprimento. Não teriam, em regra, o condão de gerar a resolução em favor do credor.

31.É bem verdade que o princípio do exato adimplemento gera o direito de percepção da prestação conforme a sua justa expectativa e os deveres anexos – dentro da ideia de obrigação como totalidade e processo³⁹⁴ - podem assumir uma tal relevância a ensejar a resolução.

393 Paulo Mota Pinto, “Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo”, Almedina, Coimbra, 2008, vol. II, p. 885.

394 Clóvis V. do Couto e Silva inicia expondo essa ideia na sua pioneira obra, “A obrigação como processo”, José Bushatsky Editor, SP, 1976, p. 5: “A relação obrigacional tem sido visualizada modernamente, sob o ângulo da totalidade. O exame do vínculo

32. Gustavo Haical sustenta que os deveres decorrentes da boa-fé, especialmente se ligados à prestação principal e inviabilizado o fim contratual pelo seu descumprimento, gerariam o direito à resolução. Hipótese que ele claramente diferencia da quebra positiva do contrato, visto que esta destina-se aos deveres mediatamente vinculados à prestação principal e não aos imediatamente a ela vinculados³⁹⁵.

33. O Ministro Ruy Rosado liga a possibilidade de resolução por inadimplemento dos deveres decorrentes da boa-fé à ideia de quebra positiva, desde que assumam relevância a ponto de gerarem a inutilidade da prestação³⁹⁶.

34. Não é diferente a posição de Giovanni Ettore Nanni em sua tese de livre docência, na qual afirma (depois de enfrentar posicionamentos contrários, especialmente no direito português): *“Nesta senda, repita-se que a dimensão do adimplemento resta ampliada congregando também os deveres laterais, os quais, ainda que desponham da relação obrigacional e mesmo que desprendidos dos deveres principais e secundários, têm de ser cumpridos, sob pena de restarem insatisfeitos, configurando inadimplemento”*, para, na sequência, afirmar que, dada a gravidade do inadimplemento é *“...também eventualmente possível a resolução do liame contratual”*³⁹⁷.

35. Esses posicionamentos não enfocam, diretamente, o dever pré-contratual de informação, mas deveres gerais decorrentes da boa-fé, entre os quais encontra-se o de informar. O ponto aqui é indagar se esse dever, quando tem origem na fase pré-contratual ou, ainda, quando, de forma mais intensa, se cinge à fase contratual, projeta seus efeitos na fase contratual para gerar, tais quais os outros oriundos

como um todo não se opõe, entretanto, à sua compreensão como processo, mas antes, o complementa”.

395 “O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva” in RT 900/2010, pp. 45-84.

396 “Comentário ao Novo Código Civil: da extinção do contrato – arts. 472 a 480”, Forense, RJ, 2011, vol. VI, tomo II, pp. 574-578 (estando a conclusão referida no texto na pág. 578).

397 “Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos”, tese de livre-docência defendida na PUCSP, SP, 2020, trechos citados constantes das pp. 396 e 398.

da boa-fé na fase de formação via proposta-aceitação e na fase de execução, o direito formativo extintivo da resolução.

36. Aparentemente optando pela solução indenizatória e não resolutória, baseado em analogia com a doutrina italiana, Fabio Queiroz Pereira prende-se à discussão de qual a natureza do interesse a ser indenizado nesse caso³⁹⁸.

37. Judith Martins-Costa, em texto citado sobre a sistematização dos deveres pré-negociais, também refere a possibilidade indenizatória em caso de contrato válido, no qual houve defeito informativo. Após afastar a exclusividade do dolo informativo, por indução ou omissão, como causa de violação ao dever pré-negocial específico e considerando, principalmente, os casos de assimetria informacional (a que se ajusta o contrato de franquia), afirma: “*Se não existir contrato (como resultado de negociações preliminares) ou se não for o mesmo atacável por defeito em sua formação, mas se tiver produzido dano pela ausência, deficiência ou defeito na informação, imputável a um dos parceiros pré-contratuais, há eficácia indenizatória*”³⁹⁹.

38. Pontes de Miranda, tratando da *culpa in contrahendo*, mesmo quando o contrato é concluído, também refere eficácia indenizatória porque supõe que mesmo na hipótese do contrato concluído, o fundamento da responsabilidade não é contratual e, portanto, enseja a indenização. Situação diferente da violação positiva que pode, na opinião do doutrinador, gerar o inadimplemento que conduza à resolução⁴⁰⁰.

39. Essa posição de Pontes de Miranda ajuda a compreender a questão de um determinado ângulo. Se a responsabilidade pré-contratual deriva da boa-fé na fase das tratativas, a sua origem não é contratual. Para que ela operasse efeitos sobre o contrato, a consequência da violação do dever pré-contratual não poderia atrair

398 “O Ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo”, Almedina Brasil, SP, 2017, pp. 284/289.

399 “Um aspecto da obrigação...”, artigo citado, pág. 27.

400 Para o primeiro ponto, “Tratado de Direito Privado”, tomo XXXVIII, § 4.243, n. 2. Para o segundo ponto, “Tratado de Direito Privado”, tomo II, § 174 C, n. 4.

o regime da responsabilidade contratual, como se parte dos deveres contratuais fosse.

40. Os deveres que se incorporassem contratualmente – ainda que decorrentes da boa-fé, mas já no curso do contrato – comungariam da natureza contratual e, se violados, ensejariam ou a violação positiva ou o inadimplemento por mora⁴⁰¹.

41. A questão do “caso da informação pré-contratual insuficiente”, entretanto, é diversa. Os deveres entendidos violados pelo acórdão têm origem extracontratual, na fase pré-contratual; não são capazes de gerar a invalidade (segundo o acórdão), mas foram entendidos não como reparáveis via indenização, mas como causa de resolução.

42. Daí a peculiaridade da decisão e seu caráter inédito e que suscita a análise abaixo.

IV. ANÁLISE DA SOLUÇÃO ENCONTRADA NO RESP. 1.862.508-SP

43. Importante ver que o acórdão lida, em certa medida, de forma inovadora com as consequências dos deveres surgidos na fase pré-contratual que, violados, afetam um contrato válido e eficaz. Via de regra, a solução que possa resolver esse caso, passando ao largo da natureza dos deveres violados, ensejaria uma possibilidade de indenização pela sua violação. Para não estender a controvérsia, não se adentrará aqui se se trataria de indenização por interesse positivo ou por interesse negativo.

44. A minoria vencida não enfrentou esse ponto pois ateu-se à peculiaridade do contrato de franquia. Ocorre que o contrato de franquia, como acima já referido, possui larga lista legal de informações pré-contratuais devidas. Essas informações, caso não

401 Conforme se aceite a posição dos que compreendem presente no ordenamento a referida figura como algo distinto da mora (ver, por todos, Jorge Cesa Ferreira da Silva, “A boa-fé e a violação positiva do contrato”, Renovar, RJ, 2002) ou dos que entendem suficiente a mora (ver, por todos, a citada tese de livre-docência de Giovanni Ettore Nanni).

atendidas, também como supradito, resultam na invalidade do contrato. O acórdão acabou tangenciando o tema que envolve o chamado princípio da taxatividade das invalidades.

45. Se a falha na informação que deveria estar na COF gera uma invalidade, pode-se conjugar o descumprimento de um dever da mesma natureza, com isto evitando os requisitos das invalidades para, bem ou mal, atingir-se o mesmo resultado no campo da eficácia?

46. O acórdão dizer que a responsabilidade pré-contratual gera deveres que podem afetar a fase da execução da obrigação não traria nenhuma incompatibilidade com os contratos em geral, visto que para a imensa maioria deles não há invalidades cominadas em caso de falha informativa. Essa poderia, eventualmente, se conjugada com a intencionalidade, recair na figura do dolo por omissão.

47. Como não houve pedido de anulabilidade na demanda julgada, a minoria entendeu que não poderia enquadrar o defeito informativo na violação à integridade da COF e desacolheu a pretensão.

48. Já o voto vencedor, fez a transposição dos deveres da fase pré-contratual (para além da violação da COF que não vislumbrou) por vício na qualidade da informação prestada. Entretanto, em aparente disparidade com a normal conclusão, entendeu que a violação geraria o direito formativo extintivo de resolução.

49. Para que isto possa encontrar sistematicidade, deve-se ter a superação da natureza jurídica dos deveres pré-contratuais, para que esses atraíssem o regime contratual.

50. A solução não é estranha a alguns ordenamentos jurídicos. Há posição favorável no direito espanhol, segundo Iñigo de Lama Gazmuri⁴⁰².

51. Nada obstante, parece mais difícil de ser aceita entre nós. O argumento utilizado por Paulo Mota Pinto (ainda que vocacionado para a questão de saber se o interesse no caso de resolução é positivo ou negativo) serve. Também apoiando-se na natureza ou no fundamento da responsabilidade que atribui direito à indenização, afirma, ao

402 “Los limites del deber precontractual de información”. Civitas, Navarra, 2010, p.271.

cogitar de uma resolução por culpa in contrahendo: “Apenas poderia, pois, compreender-se tal indemnização pelo interesse negativo se se alterasse o evento lesivo – isto é, abstraindo do fundamento no inadimplemento do contrato e vendo como evento lesivo a criação de confiança, na conclusão e execução do negócio. A indemnização em caso de resolução resultaria, assim, de uma responsabilidade apenas in contrahendo. Pensamos, porém, que tal concepção é de rejeitar, designadamente não sendo esse evento lesivo que fundamenta o direito de resolução - o qual tem como fundamento o não cumprimento e não qualquer culpa na formação dos contratos, ou qualquer atuação pré-contratual subsequentemente tornada ilícita pelo não cumprimento”⁴⁰³.

52.O que enseja a resolução é o inadimplemento contratual absoluto, ou definitivo. Se este atingir deveres oriundos da boa-fé que opera na fase contratual, e se forem ligados diretamente à prestação, podem gerar a resolução. Para tanto, como antes dito, deveriam gerar a inutilidade da prestação principal com perda do interesse do credor, ou ainda a finalidade do contrato que afete o interesse do credor.

53.Tratando-se de dever decorrente da boa-fé na fase pré-contratual, se não gerar a ruptura das negociações, mas resultar em um contrato diverso do esperado, ou (i) esse descumprimento decorreu de erro ou dolo (gerando a anulabilidade do pacto); ou (ii) importou em contrato de conteúdo diverso do esperado e deve ser compensado com readequação do contrato; ou, ainda, (iii) importou em contrato com fim prejudicado no seu atingimento e deve ser objeto de indenização.

54.Assim, para a afirmativa da maioria estar adequada, seria necessário admitir-se que os deveres da fase pré-contratual são os mesmos da fase contratual seja em conteúdo, seja em natureza. Só assim, implementados os demais requisitos para a resolução, pode extinguir o contrato.

55.Considerando que no “caso da informação pré-contratual insuficiente” houve a execução do contrato por 18 meses e que se afirmou a inexistência de invalidade, a resolução acabou tendo os

403 Ob. cit., p. 1647.

mesmos efeitos da anulabilidade. Insistindo ainda no exame da concretude da franquia, esse é um contrato de duração e, a rigor, os efeitos da sua extinção por inadimplemento deveriam se assemelhar à rescisão, ou seja, com efeitos *ex tunc*, o que aparentemente não foi o considerado pelo acórdão.

